



Recurso nº 360/2023

Resolución nº 523/2023

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 27 de abril de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.G.D. en su propio nombre, contra la Resolución de la Gerencia de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo de 24 de febrero de 2023, aprobando el pliego de condiciones administrativas particulares rectoras del contrato de servicios de “*Transporte de pan entre centros penitenciarios*”, expediente 2023/00004, el Tribunal, en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante resolución del director – gerente de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo de 28 de febrero de 2023 se acordó el inicio del procedimiento para la contratación del de transporte de pan entre centros penitenciarios.

Segundo. La licitación indicada fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 3 de marzo de 2023, en el Diario Oficial de la Unión Europea el 6 de marzo de 2023 y en el BOE el 6 de marzo de 2023.

Tercero. Contra el pliego de condiciones administrativas particulares interpuso D. M.G.D. recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado el 20 de marzo de 2023 en el Registro General del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Cuarto. Dado traslado del recurso a la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, presentó ésta informe oponiéndose al recurso e interesando su desestimación.



Quinto. Dado traslado a los demás interesados para que formularan alegaciones se recibió escrito de MENSAJERÍA CHAMBERÍ, S.L. interesando la desestimación del recurso.

Sexto. Mediante resolución de la Secretaria General del Tribunal, adoptada por delegación de éste, de fecha 29 de marzo de 2023, se resolvió la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, de acuerdo con el artículo 45.1 de la LCSP.

Segundo. El presente contrato es susceptible de este recuso especial conforme al artículo 44.1.a) de la LCSP al tratarse de un contrato de servicios con un valor superior a 100.000 euros (442.686,46 €) licitado por un poder adjudicador como es la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo.

El acto recurrido es el PCAP, acto susceptible de recurso conforme al artículo 44.2.a) de la LCSP.

Tercero. Publicado el anuncio de la licitación el 3 de marzo de 2023 e interpuesto el recurso el 20 de marzo de 2023, debe considerarse cumplido el plazo de 15 días previsto en el artículo 50 de la LCSP.

Cuarto. Respecto de la legitimación de la recurrente es doctrina de este Tribunal, expresada, entre las más recientes, en la Resolución 200/2023 de 17 de febrero, que para recurrir los pliegos de una licitación, el empresario (i) debe haber presentado proposición, en tanto solo en este caso adquiere la expectativa de resultar adjudicatario del contrato que conforma el interés legítimo fundante de la legitimación o (ii) no ha podido presentarla como consecuencia de condiciones discriminatorias incluidas en los pliegos, condiciones que son precisamente las que censura en su recurso.



Lo relevante, por lo tanto, para reconocer la legitimación al recurrente que no ha presentado oferta es que las condiciones de los pliegos que combate le hayan impedido presentar proposición.

En el presente caso la recurrente impugna el pliego por entender insuficiente el precio del contrato, circunstancia que entendemos le impide formular válidamente una oferta. Por consiguiente, aun cuando no haya presentado oferta concluimos que sí está legitimada para interponer el presente recurso.

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, se abordarán en primer lugar las cuestiones expuestas en el escrito de recurso que afectan a la determinación del presupuesto base de licitación y el desconocimiento de los parámetros tenidos en cuenta para fijarlo.

Como primer motivo del recurso sostiene la recurrente que el sistema de determinación de presupuesto del contrato no se ajusta a Derecho, contraviniendo los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP.

El órgano de contratación replica en su informe que en el cálculo del precio no se ha atendido exclusivamente al precio de adjudicación del anterior contrato, sino también a la evolución del precio de los carburantes durante el último año, la localización geográfica de los centros y las oscilaciones del mercado que se prevén durante la ejecución del contrato, lo que supone que el precio medio de los lotes se haya incrementado un 20,38%.

Debemos acudir para resolver las cuestiones planteadas a las previsiones de la LCSP y a la doctrina de este Tribunal en la materia. Así, establece el artículo 100.2 de la LCSP: *“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”*.



Del tenor de este precepto, resulta la necesidad de que los pliegos desglosen los costes directos e indirectos ponderados para su determinación. Así lo hemos venido reconociendo en resoluciones como la 750/2022, de 23 de junio en que dijimos:

“El Tribunal ha declarado (por todas, Resoluciones 861/2018, de 1 de octubre y 506/2019, de 9 de mayo) que la literalidad de los artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP es clara, cuando impone que sea en el PCAP o en el documento regulador de la licitación, donde se desglosen los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación, y los costes salariales estimados de forma desglosada y con desagregación de sexos, obligación cuyo incumplimiento determina la nulidad de los pliegos”.

Nos encontramos con un contrato en el que el precio del mismo viene determinado en términos de tanto alzado. En el presente caso, observamos que ni el PCAP, ni la cláusula 2 del cuadro de características y tampoco la memoria realizan el desglose requerido por el artículo 100.2 de la LCSP, limitándose a señalar el apartado segundo del cuadro de características el importe del contrato con IVA y sin IVA, remitiendo a la distribución del mismo que recogería del Anexo II de la memoria justificativa. Ésta en su página 3 bajo el epígrafe “sistema de determinación de precios” afirma que “su reparto de costes viene determinada en el Anexo II”. Si acudimos al indicado Anexo II observamos que las magnitudes que se detallan por cada lote son: origen, destino, días a la semana, kilómetros aproximados, cestas, importe sin IVA, IVA e importe total anual. Es decir: únicamente se precisa el importe total con y sin IVA, pero no se contiene el desglose de costes requerido por el artículo 100.2 de la LCSP. Por tanto, no es posible conocer cómo se ha calculado el presupuesto base de licitación.

Debe entenderse igualmente vulnerado el artículo 101.2 de la LCSP, por cuanto el PCAP ni el cuadro de características hacen referencia a los costes laborales tenidos en cuenta para el cálculo del presupuesto y valor estimado, así como en su caso al convenio colectivo de aplicación. Como hemos mencionado en nuestras Resoluciones nº 961/2022, de 28 de julio, con cita de la Resolución nº 145/2029, de 22 de febrero:

Cabe aludir, en este sentido, a la Resolución nº 145/2019, de 22 de febrero, de este Tribunal, que pone especial énfasis en establecer una mayor vinculación de la contratación pública con el cumplimiento de la normativa laboral:



“A la vista de los artículos anteriores y los términos de su redacción, es evidente que se produce una mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral. Vinculación que cobra un mayor protagonismo cuando se trate de contratos, como los de servicios, donde los costes de personal pueden suponer la partida principal del gasto en el presupuesto base de licitación. Tal intensidad tiene su reflejo en la obligación de indicar los costes salariales estimados a partir de la normativa laboral de referencia en los Pliegos (artículo 100.2 LCSP), su consideración expresa en el cálculo del valor estimado del contrato (artículo 101.2 LCSP), y para la fijación del precio (artículo 102.3 LCSP) (...). Por tanto, los costes salariales derivados de los convenios colectivos ya no se limitan a ser una de las posibles fuentes del conocimiento para determinar el precio de mercado del contrato, sino que, además, tienen fuerza vinculante, y su respeto debe quedar totalmente garantizado, tanto en la preparación del contrato, al elaborar los Pliegos, como con posterioridad, una vez adjudicado, en fase de ejecución”.

Procede, por tanto, estimar este primer motivo de recurso y acordar la nulidad de la cláusula 2 del cuadro de características y el Anexo II de la memoria justificativa, con retroacción de actuaciones para que por el órgano de contratación se desglosen los costes directos e indirectos tenidos en cuenta para el cálculo del presupuesto base de licitación, en los términos requeridos por el artículo 100.2 LCSP, 101.2 y 102.3 LCSP.

Seguidamente, en la alegación cuarta del escrito de recurso, se alega infracción de la cláusula 2.2 del PCAP que reproduce el tenor del artículo 100.2 LCSP en su apartado final. Sin embargo, tales previsiones no resultarían aplicables al presente contrato, en el que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución no forma parte del precio del mismo, por lo que no es obligado el desglose de costes salariales, con indicación de género y categoría profesional al que se refiere el precepto (véase por todas Resolución nº 368/2021, de 9 de abril).

Sexto. Como segundo motivo sostiene la recurrente la insuficiencia precios fijados, aun reconociendo las dificultades para la demostración de este extremo, dada la ausencia en el PCAP de desglose de precios, del coste de la mano de obra, gastos generales y beneficio industrial tenidos en cuenta para fijar el presupuesto de licitación.



En opinión de la recurrente los precios no se ajustan a los de mercado, determinados estos por la actora en atención a los publicados por el Observatorio de Costes del Transporte de Mercancías por Carretera dependiente del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (MITMA) y referidos a octubre de 2021.

Debido a la ausencia de desglose de los costes directos e indirectos empleados en el cálculo del precio, no resulta posible ponderar a partir de la información que obra en el expediente, si la estimación del coste de gasolina se adecua claramente o no a su precio de mercado. No obstante, entiende este Tribunal que no ha quedado acreditada la insuficiencia del presupuesto de licitación con los datos hasta ahora conocidos, asumiendo que, como alega el órgano de contratación, el valor estimado del contrato actual frente al precio de adjudicación en el expediente 2020/00119, ha supuesto un incremento medio en los lotes del 20,38%¹ y que la evolución media de los precios de los carburantes desde el inicio de la tramitación del expediente muestra tendencia a la baja desde la segunda mitad de 2022, de acuerdo con los datos publicados por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto demográfico, por lo que ha desestimarse el motivo.

Séptimo. Sostiene el recurrente en su alegación tercera, que el apartado 14.4 del cuadro de características excluye la revisión de precios sin mayor motivación, motivación que entiende precisa a la vista de los artículos 103.3, 63.3 y 28.1 de la LCSP y de 67 del RLCAP.

El órgano de contratación indica en su informe que es facultad discrecional del órgano de contratación optar por la revisión de precios y que el deber de motivar se restringe a los casos en que se acuerda la revisión, supuesto en que el artículo 103.3 de la LCSP exige fijar la fórmula aplicable.

En materia de revisión de precios debe recordarse que, como ha declarado ya este Tribunal, la normativa actual, a diferencia de la anterior no establece la revisión de precios como una norma general. Así, resolución 627/2022, de 26 de mayo:

“Por lo que respecta a la revisión de precios, se hace de manera genérica y sobre la base de un no probado desequilibrio económico del contrato. No obstante, hay que tener en cuenta, que a diferencia de legislaciones de contratos del sector público anteriores, donde la revisión de precios se configuraba prácticamente como un derecho del contratista si se cumplían



determinados requisitos, la regulación actual en la LCSP, es radicalmente distinta. Así en el artículo 103 de la LCSP, se establece en sus dos primeros apartados:

«1. Los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este Capítulo.

Salvo en los contratos no sujetos a regulación armonizada a los que se refiere el apartado 2 del artículo 19, no cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.

Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios.

2. Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el Real Decreto anteriormente citado.

No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el Real Decreto anteriormente citado».

Así las cosas, en el presente supuesto nos hallamos ante un contrato sujeto a regulación armonizada, por lo que no se aplicaría el primer apartado del artículo 103.1. También habría que tener en cuenta que el contrato en controversia es un contrato de servicios que tampoco reuniría los requisitos recogidos en el segundo apartado del mismo precepto por lo que la



revisión postulada en abstracto por la recurrente no puede resultar legalmente aplicable y, por lo tanto, exigible en el presente asunto.

Por otra parte, tampoco sería aplicable lo dispuesto en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, que establece, entre otros extremos, medidas excepcionales en materia de revisión de precios porque como allí expresamente se regula, sólo se aplica a los contratos públicos de obras.

En consecuencia, procede su desestimación”.

Por tanto, no siendo ya la revisión de precios un derecho del adjudicatario sino una excepción consideramos que la obligación de motivar concurre únicamente cuando exceptuando la regla general se prevea la revisión de precios. Criterio refrendado por el tenor literal de los epígrafes 3 y 4 del artículo 103 de la LCSP:

“3. En los supuestos en que proceda, el órgano de contratación podrá establecer el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo.

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar, en tales casos, la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de formalización del contrato, siempre que la formalización se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la formalización se produce con posterioridad”.

Atiéndase a que el epígrafe 4 limita el deber de justificar a “tales casos”, esto es: a los supuestos en que se haya optado por la revisión de precios. Por consiguiente, en casos como el presente en que no se prevé revisión de precios ni la LCSP ni la normativa de desarrollo imponen tal obligación de motivación. Debe, por tanto, desestimarse este motivo.

Octavo. Continúa la recurrente denunciando que en el cálculo del precio no se haya tenido en cuenta que en 2023 España establecerá un sistema de peaje por el uso de las autopistas.



El órgano de contratación indica en su informe que no cabe la toma en consideración de meras expectativas en el cálculo del precio, señalando noticias relativas a posibles medidas que beneficiarían a los eventuales adjudicatarios del contrato como una eventual bonificación del combustible para los transportistas profesionales.

De la lectura conjunta de los artículos 100 y 103 de la LCSP, tantas veces citados en esta resolución, resulta que el instrumento previsto por el legislador para eventuales, hipotéticas o futuras subidas de los costes de ejecución de un contrato es la revisión de precios y no la inclusión en el cálculo de precio de partidas por costes inciertos. Y puesto que, como ya hemos indicado, la revisión de precios no se configura como un derecho del contratista no cabe invocar una eventualidad –sobre cuya probabilidad nada se acredita– para reclamar que los pliegos prevean una revisión de precios.

Complementariamente, diremos que los contratos se ejecutan a riesgo y ventura del contratista por mor del artículo 197 de la LCSP. Supone ello que soporte el eventual encarecimiento de los costes de circulación en autopista como igualmente se beneficiaría de una hipotética bonificación del combustible para profesionales. En este sentido debe recordarse que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en la consulta con número de expediente 18/19 rechazó que una subida del 23% del salario mínimo interprofesional obligara a revisar las contraprestaciones de los contratos públicos. Idénticos argumentos podrían invocarse en el presente caso de producirse ese incremento de los peajes con el que la actora especula en su recurso. Procede, pues, desestimar este motivo del recurso.

Noveno. La recurrente ataca la ambigüedad del PCAP y de la memoria porque en su opinión acogen deficientes y contradictorias prescripciones que provocan la indeterminación del alcance real de la prórroga, debiendo declararse por este motivo la invalidez del procedimiento. La memoria prevé el contrato puede prorrogarse “*por otra anualidad*” y cuando se refiere al sistema de determinación del precio, indica: “*Asimismo se han tenido en cuenta las eventuales prorrogas del contrato -máximo un año.*” El cuadro de características del contrato, en su apartado 6.2 señala que “*existe previsión de prórroga, por una duración máxima de 12 meses*”. Entiende la recurrente que existe indeterminación sobre si la prórroga necesariamente ha de ser por 12 meses o si cabe por periodos inferiores, así como si sería válida una pluralidad de prórrogas con el límite máximo de 12 meses.



El órgano de contratación señala en su informe que basta con indicar en el PCAP la posibilidad de que el contrato sea prorrogado y el plazo máximo de duración, siendo prerrogativa de la Administración, tanto decidir si se prorroga el contrato como la duración de la prórroga o prórroga, dentro de los límites fijados en los pliegos.

El régimen de las prórrogas viene regulado en el artículo 29.2 de la LCSP conforme al cual *“El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la presente Ley”*.

Partiendo de este precepto, y como acertadamente expone el órgano de contratación, este Tribunal abordó la controversia ahora reiterada en su Resolución 1478/2022, de 24 de noviembre, donde se pronunció sobre una cláusula similar del cuadro de características de un procedimiento licitado por este mismo órgano de contratación, donde indicábamos que bastaba con indicar en los pliegos tanto la posibilidad de la prórroga como su duración máxima, dejando a la discrecionalidad del órgano agotar esa duración de una o varias veces:

“Así, estando contemplado en el Pliego la posibilidad de prorrogar el contrato hasta 24 meses, nada obsta a que pueda articularse dicha ampliación del plazo de vigencia del contrato en una o varias prórrogas, pues –y esto es lo fundamental- la contratista conocía esta posibilidad de que el contrato fuera prorrogado hasta 24 meses adicionales en el momento de presentar su oferta, por lo que pudo valorar dicha circunstancia antes de adoptar la decisión de concurrir a la licitación”.

Procede, pues, reiterar esta doctrina, acoger la interpretación indicada y desestimar esta pretensión.

Décimo. Continúa la recurrente denunciando el apartado 12.2 por el que se atribuyen hasta cinco puntos al licitador que oferte un compromiso de 5 servicios adicionales, de ida y vuelta, por razones de urgencia. Considera la parte actora, que no cita ningún precepto legal en apoyo de su tesis, que este criterio es contrario a Derecho, puesto que si estos servicios adicionales son gratuitos se trataría de una mejora, algo que considera no cabe en un contrato con precio ajustado a tanto alzado, y si son remunerados no se habría concretado la remuneración. Añade que la elección del criterio no resulta fundamentada.



El órgano de contratación indica en su informe que el criterio tiene fundamento en el artículo 145.2 de la LCSP, obedeciendo a la mejora para la prestación del servicio que supone disponer de servicios adicionales para casos de emergencia.

Establece la cláusula 12.2 del cuadro de características la asignación de hasta 5 puntos, uno por servicio, a quien oferte 5 servicios adicionales: de ida y vuelta justificados por razones de urgencia.

Al respecto diremos que, entiende este Tribunal, estos servicios adicionales serían gratuitos dado que no se indica una retribución para los mismos y la remuneración del contrato se fija a tanto alzado mediante un pago mensual (cláusula 14.2).

La posibilidad de establecer como criterio de adjudicación la oferta de servicio o prestaciones adicionales de carácter gratuito ha sido admitida por este Tribunal en resoluciones como la resolución 422/2016, de 27 de mayo, en que dijimos:

“Estimamos igualmente que la onerosidad del contrato no quiebra por la inclusión de un criterio de adjudicación que valore “horas de limpieza gratuitas”, ya que la onerosidad reside precisamente en la existencia de precio cierto a cambio de un servicio, sin que el hecho de poder ofertar alguna hora gratis implique, ni mucho menos, que todo el servicio se va a realizar de manera gratuita, no existiendo a juicio de este Tribunal vulneración –como entiende el recurrente- del artículo 87 del TRLCSP respecto del carácter oneroso de los contratos públicos. En este sentido en nuestra Resolución 159/2016 admitimos la posibilidad de valorar como mejoras “horas de limpieza gratuitas” sin que las mismas deban formar parte del precio de licitación; así señalamos que “debe rechazarse, pese a lo alegado por la actora, la pretendida adición a dicho coste laboral del correspondiente al número máximo de horas extraordinarias admitidas como mejora, toda vez que, en rigor, por su propia condición de mejora, esa no es una obligación contractual ineludible y que, como tal, deba tenerse en cuenta en el cálculo del presupuesto”.

Por tanto, en cuanto a la posibilidad de recoger como mejora el ofertar horas gratuitas, y siguiendo el criterio de la Junta Consultiva de Contratación, hemos de concluir que no por ello se conculca el principio de onerosidad del contrato. En efecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, se ha pronunciado favorablemente a la posibilidad de admitir mejoras que impliquen la ejecución



de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación, siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato, requisito éste último que, como veremos a continuación, no cumple el criterio mejoras aquí analizado”.

Este criterio es refrendado a la luz del artículo 145.2 de la LCSP por cuanto ofertar servicios adicionales para el caso de emergencia mejora la calidad – precio del servicio contratado, sin que se haya acreditado que la inclusión de estos servicios adicionales gratuitos haga económicamente inviable la prestación del servicio. Más bien lo contrario: la actora refiere contrataciones pasadas en las que ofertó estas prestaciones adicionales sin que por ello sufriera perjuicio alguno durante su ejecución.

Finalmente, y en cuanto a la motivación, la memoria de la licitación indica que con este criterio se evalúa la mejor calidad – precio del contrato, lo que ciertamente es una motivación lacónica pero dada la naturaleza del criterio (servicios adicionales, pero de la misma naturaleza que los que son objeto del contrato, para caso de emergencia) la debemos considerar suficiente, desestimando este motivo.

Décimo primero. Denuncia la recurrente el régimen de subcontratación contenido en la cláusula 22 del cuadro de características por cuanto (i) entiende que la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres no permite la subcontratación; (ii) siendo un contrato de tracto sucesivo es conceptualmente imposible su prestación fraccionada; (iii) no se prevé el porcentaje máximo de subcontratación, por lo que se entiende que es el 100%; y (iv) que el régimen de incumplimiento de las condiciones de la subcontratación no se ajusta al artículo 215.3 de la LCSP.

El órgano de contratación señala en su informe que nada en los pliegos permite concluir que se exonera al subcontratista de cumplir con la correspondiente normativa sectorial y que la Jurisprudencia del TJUE avala que no se establezca un porcentaje máximo de subcontratación.

Regula la cláusula 22 la subcontratación del contrato en los siguientes términos:



“Se admite la subcontratación. La celebración de los subcontratos se someterá a los requisitos establecidos en el artículo 215 de la LCSP, conllevando el incumplimiento de las condiciones de subcontratación una penalidad del 10 por ciento del importe del subcontrato. Los subcontratos tendrán naturaleza privada”.

La normativa sectorial, en concreto, la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (en adelante LCTTM), cuyo objeto, según su artículo 1, es la regulación del contrato de transporte terrestre de mercancías realizado por medios mecánicos con capacidad de tracción propia, no establece prohibición de subcontratación, sino que, en los artículos 4 y 6 de la norma permiten que el porteador asuma la obligación de realizar el transporte en nombre propio, con independencia de que lo ejecute por sus propios medios o contrate su realización con otros sujetos.

Admitida esta posibilidad, la LCSP contempla la subcontratación en el artículo 215 de la LCSP que se refiere a la posibilidad de concertar con terceros la realización, parcial, de la prestación, *“con sujeción a lo que dispongan los pliegos”*. Así, en cuanto al límite de la subcontratación una de las novedades de la LCSP respecto del inmediato TRLCSP, fue la supresión del porcentaje máximo de subcontratación estableciéndose ahora en el meritado precepto que sean los pliegos los que fijen las limitaciones. Por tanto, la previsión del artículo 67.2.u) del RGLCAP debe entenderse derogada por lo dispuesto en el artículo 215.2.a) de la LCSP.

Los licitadores, en caso de que así se prevea en los pliegos, deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, si así lo prevén los pliegos y en todo caso, existe la obligación de comunicar por escrito, tras la adjudicación, y a más tardar cuando inicie la ejecución, la intención de celebrar los subcontratos, así como la identidad de los subcontratistas y justificar la aptitud de éstos para ejecutar la parte subcontratada.

Visto lo anterior, este Tribunal tiene sentado el criterio favorable a la subcontratación de tal modo que deben ser las restricciones a la misma, tanto las totales como las parciales las que deben justificarse. De acuerdo con la doctrina expuesta en nuestra Resolución nº 734/2020, de 26 de junio, citada en la más reciente Resolución nº 1013/2022 de 7 de septiembre:

“De acuerdo con el artículo 215 de la LCSP la regla general es que el contratista pueda subcontratar la realización parcial de la prestación, si bien esta subcontratación puede ser total o parcialmente limitada reservándose todo o parte de la ejecución del contrato al



contratista siempre y cuando los pliegos lo prevean así, en dos supuestos. El primero, contemplado en la letra d) del artículo 215.2 de la LCSP que permite la subcontratación previa autorización del órgano de contratación. El segundo supuesto, que es el que interesa a este recurso, el recogido en la letra e) del artículo 215.2 de la LCSP, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, cuando los órganos de contratación lo establezcan en los pliegos, determinadas tareas críticas que debe ejecutar directamente el contratista principal. Además, la determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación”.

Por consiguiente, ninguna infracción legal supone que no se establezca un porcentaje máximo de subcontratación en los pliegos.

Por otra parte, no comparte este Tribunal la afirmación de la actora de que se esté habilitando la prestación del servicio por quien carezca de las habilitaciones requeridas por la normativa sectorial aplicable. Al respecto, como hemos manifestado, el artículo 215.2.b) de la LCSP señala que antes de proceder a la subcontratación el contratista deberá acreditar la aptitud del subcontratista para realizar la prestación. Por tanto, será en ese momento y no ahora en el que se examine la aptitud de los eventuales subcontratista sin que haya fundamento para sostener, como hace la actora, que se les vaya a eximir de requisito legal alguno.

Respecto de la indivisibilidad de la prestación, no comparte este Tribunal la conclusión de la actora al considerar posible subcontratar alguno, pero no todos de los trayectos a realizar.

Finalmente, respecto de las consecuencias previstas para el caso de incumplimiento de las condiciones de subcontratación, señala la recurrente que la cláusula 14.2.2 preve “*una penalidad del 10 por ciento del importe del subcontrato*” cuando el artículo 215.3.a) LCSP prevé que a penalidad pueda ser “*de hasta un 50 por 100 del importe del subcontrato*”. Pues bien, basta la mera lectura del artículo 215.3.a) LCSP para colegir que la Ley habilita a los pliegos a establecer una penalidad con el límite del 50% del importe del subcontrato, límite que es evidente se respeta cuando la penalidad máxima prevista es del 10% del subcontrato.

Procede, pues, desestimar este motivo de recurso.



Décimo segundo. Defiende la recurrente que el contrato únicamente podría tener un criterio de adjudicación, el precio, al amparo del artículo 145 de la LCSP y dado que no entiende posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase.

El órgano de contratación señala en su informe que la elección de varios criterios de adjudicación está amparada por el artículo 145.1 LCSP para la consecución de la mejor calidad-precio.

De acuerdo con la cláusula 12 del cuadro de características se establecen tres criterios de adjudicación: el precio (80%), la inclusión de 5 servicios adicionales (5%) y la menor contaminación de los vehículos (15%). Protesta la recurrente por considerar que ello contraviene el artículo 145.3.g) LCSP conforme al cual:

“3. La aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos:

[...]

g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación”.

Del tenor del artículo, resulta que la regla general es que sean varios los criterios y la excepción que lo sea solo el precio, solamente cuando no sea posible introducir modificaciones en el contrato. Partiendo de ello, en el presente caso observamos que la recurrente no ha justificado que los criterios de adjudicación por los que el órgano de contratación ha optado no sean válidos por contravenir el artículo 145 de la LCSP y, particularmente, la exigencia de vinculación con el objeto del contrato. Más bien lo contrario, entiende este Tribunal que la inclusión de servicios adicionales para emergencias contribuye a una mejora del servicio y la reducción de la contaminación tendrían su encaje al amparo del artículo 145.2.1º de la LCSP como inmediatamente analizaremos. Es posible elegir válidamente otros criterios de adjudicación distintos del precio por el órgano de contratación en uso de su discrecionalidad, yerra la recurrente en su planteamiento, pues no se deriva del artículo 145.3 g) de la LCSP la imposición legal de aplicar un solo criterio de adjudicación, el



precio, aunque se estuviera facultado para ello, sino que lo que se impone es la obligación de aplicar más de un criterio bajo determinados supuestos.

Décimo tercero. Alterando, nuevamente, por claridad el orden en el que la actora expone sus pretensiones analizaremos ahora el último motivo del recurso por el que muestra su disconformidad con que se establezca como criterio de adjudicación la menor contaminación por el vehículo empleado, por cuanto no lo entiende justificado, llegándolo a considerar discriminatorio puesto que favorece a los licitadores que disponen, en el momento de presentar la oferta, de vehículos menos contaminantes. Asimismo, expone algunas elucubraciones sobre el potencial contaminante de los vehículos, en función de su tamaño, aduciendo que son más eficientes medioambientalmente, utilitarios pequeños pese a tener una etiqueta peor, frente a otros vehículos de mayor tamaño con mejor etiqueta ambiental, señalando que los pliegos deberían restringir los vehículos que no fueran acordes con la mercancía a transportar.

El órgano de contratación defiende en su informe la conformidad a Derecho del criterio medioambiental elegido.

La cláusula 12.3 del cuadro de características introduce el siguiente criterio medioambiental:

“12.3. Criterio medioambiental: Clasificación del vehículo para el servicio de transporte en función de su potencial contaminante.: Máximo 15 puntos. (Anexo 2 del PCAP).

- Etiqueta 0 emisiones 15 puntos.

- Etiqueta ECO 10 puntos

- Etiqueta C 5 puntos”

La posibilidad de introducir criterios medioambientales en la valoración de las ofertas tiene su fundamento en el artículo 145.2.1º de la LCSP que establece como criterios para valorar la mejor relación calidad-precio:

“1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las



características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato”.

Como puede verse expresamente el legislador habilita como criterio medioambiental el que contribuya a reducir la emisión de gases de efecto invernadero, siempre que estén vinculados con el objeto del contrato. Y es evidente que tal es el caso que nos ocupa, en el que se atribuye una mayor puntuación al licitador que empleará en la ejecución del contrato, consistente este en el de transporte de pan por carretera, vehículos con una menor emisión de gases de efecto invernadero. Los vehículos utilizados serán aquellos, según dispone el PPT, con capacidad de carga suficiente para transportar el número de cestos, cuya medida aproximada se indica, que se detallan en el Anexo III, luego los vehículos utilizados deben ser acordes con la mercancía a transportar, sin que puedan admitirse los juicios subjetivos e hipótesis del recurrente sobre el mayor o menor potencial contaminante de los vehículos que de manera efectiva puedan ser utilizados.

El Tribunal entiende que el criterio en cuestión no vulnera lo dispuesto en el artículo 145.5 y 6 de la LCSP. Procede, por tanto, desestimar este motivo del recurso.

No obstante, lo anterior, la recurrente sí cuestiona que el criterio de adjudicación pueda resultar restrictivo de la concurrencia, pues debe ser acreditado su cumplimiento con la oferta. De acuerdo con lo dispuesto en el cuadro de características del contrato, la acreditación del mismo requiere de: *“copia de la tarjeta de Inspección Técnica del Vehículo, Certificado de emisiones oficiales de CO2 o cualquier documento oficial expedido individualmente respecto al vehículo.*

Estos datos deberán ser comprobables a través del Fichero de Datos de la Dirección General de Tráfico. Se adjuntará junto con el Anexo 2 del PCAP, si no sé acompaña la documentación de acreditación no se puntuará este apartado”-



Luego, se exige aportar la acreditación de disponer de los vehículos con la oferta económica, previsión que sí se considera restrictiva de la concurrencia, pues como indica el recurrente, se primaría a las empresas que dispusieran de dichos vehículos en el momento de presentar la oferta, sobre las que quieran ofertarlos sin tenerlos en posesión en ese momento, si bien pudieran acreditar su posesión en un momento posterior, bien en el trámite previsto en el artículo 150.2 respecto del propuesto como adjudicatario, bien al contratista con carácter previo a la ejecución del contrato.

Por ello, se anula la previsión del apartado 12.3 del cuadro de características en cuanto al momento de acreditar la disposición del vehículo cuya clasificación es objeto de valoración.

Décimo cuarto. Señala la recurrente la ambigüedad de la cláusula 7.4 del cuadro de características por cuanto no precisa los medios materiales y personales cuya adscripción interesa.

Responde el órgano de contratación que tales medios sí quedan determinados en el PPT y que resultan, de acuerdo con el artículo 76 de la LCSP, razonables, justificados y proporcionales a la entidad y características del contrato. Señala que estos medios se refieren al vehículo que se vaya a utilizar para la prestación del transporte y al conductor del mismo, el cual, debe poder cumplir los requisitos especificados en el momento de la prestación del servicio. Es por ello que, a través del compromiso de adscripción de medios que se requiere que las empresas que pretendan ofertar, se comprometan a contar con lo requerido en el momento de la prestación, teniendo estos el carácter de obligación esencial del contrato, a los efectos del artículo 211.f) de la LCSP.

Se aprecia, como pone de manifiesto el recurrente, la indeterminación alegada por el recurrente, además de contradicciones entre las menciones del PCAP y el PPT.

Establece el artículo 76.2 de la LCSP:

“2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los



efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario”.

Por una parte, la cláusula 14.3 del PCAP, es del siguiente tenor literal:

“En los términos del artículo 76.2 de la LCSP y con el alcance establecido en los artículos 211 o 192.2 del mismo texto legal, el adjudicatario se compromete a adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales que se detallan en el apartado 7.4 del Cuadro de Características. En dicho apartado se determinará si el incumplimiento del compromiso de adscripción de medios conlleva la imposición de una penalidad conforme a lo indicado en el apartado 15 del Cuadro o conforme al apartado 21 de dicho Cuadro a la resolución del contrato, calificando a estos efectos este compromiso de condición especial de ejecución”

La cláusula 12.2.1 del mismo pliego, dispone que una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, se requerirá al licitador propuesto adjudicatario para que en plazo de diez días hábiles presente la documentación justificativa de disponer de los medios comprometidos a adscribir o dedicar a la ejecución del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76.2 LCSP.

La cláusula 7.4 del cuadro de características establece:

“Se contempla la adscripción determinada de medios materiales y personales recogidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, teniendo estos el carácter de obligación esencial del contrato, a los efectos del artículo 211.f) de la LCSP”.

Tal compromiso ha de constar en el PCAP, ya que conforma una de las obligaciones esenciales de las partes (art. 122 LCSP). El PPT de esta licitación, al describir las prescripciones técnicas y las condiciones para prestar el servicio hace referencia a lo largo de sus apartados a la utilización de un vehículo que debe cumplir una serie de requisitos y a un conductor en posesión de determinada formación. Expresamente dispone el PPT que *“en el primer servicio, los licitadores aportarán la documentación necesaria acreditativa de los anteriores requisitos”*. Para los lotes 14 y 15, el PPT concreta que *“el adjudicatario deberá aportar, con carácter previo al inicio del servicio, identificación de conductores, vehículos y relación contractual con el adjudicatario.”*



Luego, la cláusula 7.4 no precisa estos medios materiales y personales, aunque sí contempla la adscripción de medios, sino por remisión al PPT que al describir el modo de prestación del servicio se refiere a la necesaria utilización de determinados medios, según parece inferirse, un solo vehículo y un conductor por lote, cuyos requisitos han de ser acreditados en el momento de iniciar la ejecución. Por tanto, la disposición efectiva de estos medios, a diferencia de las menciones sobre el particular en el PCAP, se exigirían como una condición impuesta al adjudicatario en fase de ejecución del contrato, conforme a lo establecido en el PPT y no al propuesto como adjudicatario en el trámite establecido en el artículo 150.2 LCSP, como postulan las cláusulas 12.2.1 y 14.3 del PACP. Advertida esta contradicción, se estima el motivo y se anula la cláusula 7.4 del cuadro de características, para que, en su caso, se defina el contenido del compromiso de adscripción de medios que deben asumir los licitadores, detallando con precisión los medios materiales y personales adscribir a la ejecución del contrato y se concrete asimismo la forma de acreditación por quien resulte propuesto como adjudicatario.

Décimo quinto. Con posterioridad a la interposición del presente recurso D. M.G.D. presentó un segundo escrito, dentro del plazo para impugnar los pliegos, interesando su ampliación a la imposibilidad de presentar oferta por un precio superior al consignado en los pliegos.

En relación al contenido de este escrito, la recurrente, por una parte, denuncia el diseño de la herramienta, que le impide presentar una oferta por un precio superior al de licitación, aspecto que se refiere a ninguna actuación recurrible en esta sede ex artículo 44.2 LCSP. No se aprecia el interés que pudiera tener la recurrente por presentar una oferta por un precio superior al consignado en los pliegos toda vez que ello es motivo automático de exclusión (Art. 139.1 LCSP) y sin que quepa subsanación al no permitir este trámite modificar las proposiciones económicas. El único propósito que apreciamos y que parece evidenciar la recurrente, en presentar una oferta por un precio superior al de licitación es demostrar que cuestionar la suficiencia del precio es un motivo que impide la presentación de una oferta a los efectos de que se reconozca la legitimación para impugnar unos pliegos a quien no ha presentado oferta, pero puesto que esta legitimación, se la reconoce a la recurrente en la interposición del presente recurso, donde ha expuesto lo que ha considerado conveniente en relación al cálculo del precio del contrato, ni se le ha producido indefensión, procede desestimar el motivo.



Por último, la recurrente pone de manifiesto contradicciones entre el cuadro de características y el anexo 2.A en lo relativo a los criterios evaluables mediante fórmulas. En efecto se aprecian errores materiales en la indicación en el Anexo 2 a cumplimentar por los licitadores, pues en este figuran como valorables con 8 puntos los vehículos “Etiqueta C emisiones” cuando el cuadro de características les asigna 5 puntos, así como valorables con 3 puntos los vehículos con “Etiqueta B emisiones” cuando el cuadro de características no los contempla como valorables. Huelga la mención a vehículos sin etiqueta, pues se exige como condición de ejecución que los vehículos utilizados deban poseer algún tipo de etiqueta. Se estima este segundo motivo, debiendo ser corregidos estos errores materiales del Anexo 2.A, con ocasión de la retroacción de actuaciones que se acuerde.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. M.G.D., en su propio nombre, contra la resolución de la Gerencia de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo de 24 de febrero de 2023, aprobando el pliego de condiciones administrativas particulares rectoras del contrato de servicios de “*Transporte de pan entre centros penitenciarios*”, expediente 2023/00004, y acordar la nulidad de las cláusulas 2 y 12.3 del cuadro de características, así como el anexo II de la memoria técnica, la cláusula 7.4 del cuadro de características y las menciones del anexo 2.A, de acuerdo con lo dispuesto en los Fundamentos de Derecho Quinto, Décimo Tercero, Décimo Cuarto y Décimo Quinto de esta resolución, con retroacción de actuaciones para que, en su caso, los nuevos pliegos que se redacten se ajusten a lo declarado en esta Resolución, desestimando las restantes alegaciones.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta



notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.1.f) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES